

Voto do Relator 04660/2018-1

Processos: 07451/2017-8, 04853/2011-3, 01513/2011-5

Classificação: Recurso de Reconsideração

Setor: GAC - Rodrigo Chamoun - Gabinete do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Criação: 19/09/2018 11:30

UG: CME - Câmara Municipal de Ecoporanga

Relator: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Interessado: **DENIVALDO ALVES CALDEIRA** [FABIO MACHADO COSTA, Fábio Machado da Costa (OAB: 9704-ES)], **ELIAS TAVARES** [MAULY MARTINS DA SILVA (OAB: 8374-ES), ANNA PAULA SENA SGRANCIO MOREIRA (OAB: 18096-ES, OAB: 79296-MG)], **SIRLENE LEITE DA COSTA**, **NESTOR AMORIM FILHO** [FABIO MACHADO COSTA], **FABIO MACHADO DA COSTA**, **VSP ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - ME**, **RV VIGILANCIA LTDA - ME**, **REDE SIM SAT DE RADIO TELEVISAO E COMUNICACOES LTDA - ME** [NEIMAR ZAVARIZE (OAB: 11117-ES), BRUNO OLIVEIRA CARDOSO (OAB: 522A-ES, OAB: 103883-RJ), FABIANO CARVALHO DE BRITO (OAB: 11444-ES, OAB: 105893-RJ), RAFAEL LIBARDI COMARELA (OAB: 11323-ES), LUIZA GOMES DA SILVA, FERNANDA MONIQUE RODRIGUES DOS SANTOS (OAB: 17334-ES), ALESSANDRA ANTUNES COELHO (OAB: 18873-ES), LEONARDO FELIPE PIMENTA DE PAOLI (OAB: 22582-ES), RODRIGO DA SILVA OLIVEIRA (OAB: 17096-ES)], **EDINEI OLIVEIRA GASPAR**

Recorrente: **Membros do Ministério Público de Contas (LUIS HENRIQUE ANASTACIO DA SILVA)**

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO - PRESTAÇÃO DE CONTAS DA CÂMARA MUNICIPAL DE ECOPORANGA - EXERCÍCIO 2010 - CONHECER E NÃO DAR PROVIMENTO AO RECURSO EM FACE DO PRESIDENTE DA CÂMARA - ACOLHER AS CONTRARAZÕES DO RECORRIDO - COM AFASTAMENTO DA MULTA A ELE APLICADA - PROVIMENTO AO RECURSO EM FACE DO PARECERISTA JURÍDICO - COM MANUTENÇÃO DA MULTA APLICADA.

I RELATÓRIO

Trata-se de **Recurso de Reconsideração** interposto pelo Ministério Público Especial de Contas, por intermédio de seu procurador Luis Henrique Anastácio da

Silva, em face do **Acórdão TC-798/2017**, prolatado nos autos do processo **TC 1513/2011**, que julgou **regular com ressalva** a prestação de contas da Câmara Municipal de Ecoporanga, de responsabilidade do senhor Denivaldo Alves Caldeira, relativa ao exercício de 2010, no qual foram também apreciados os atos de sua gestão, com a inclusão de aplicação de multa pecuniária de 1.000 VRTE às pessoas jurídicas GF Limpeza em Geral Ltda e R. V. Vigilância Ltda.

O presente recurso foi interposto no intuito de reformar para irregular o julgamento das contas apreciadas no Acórdão TC-798/2017, em virtude da prática de atos que configuram grave infração à norma legal e constitucional, na forma do art. 84, inciso III, da Lei Complementar 621/12, com a consequente aplicação de multa pecuniária aos Senhores Denivaldo Alves Cladeira, Nestor Amorim Filho e Sirlene Leite da Costa.

Requer ainda o recorrente o afastamento da multa imputada às empresas GF Limpeza em Geral Ltda e R V Vigilância Ltda e, em contrapartida, declarar a inidoneidade destas pessoas jurídicas, nos termos do art. 140 da Lei Complementar 621/2012 (Lei Orgânica deste Tribunal de Contas) e do art. 393 da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno deste Tribunal de Contas – RITCEES).

Os responsáveis foram devidamente notificados e apresentaram contrarrazões os senhores Denivaldo Alves Caldeira, Nestor Amorim Filho e a senhora Sirlene Leita da Costa.

Lado outro, os senhores Edinei Oliveira Gaspar, Elias Tavares, Fábio Machado da Costa e as empresas Rede Sim Sat de Rádio, Televisão e Comunicações Ltda-ME, RV Vigilância Ltda-ME, VSP Assessoria Empresarial Ltda-ME (GF Limpeza em Geral) não apresentaram contrarrazões.

O feito seguiu para análise do Núcleo de Recursos e Consultas, que através da Instrução Técnica de Recursos 233/2018 (fls. 70/99), assim opina:

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, no mérito, opina-se pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do presente recurso, julgando-se irregulares as contas da Câmara Municipal de Ecoporanga, sob a responsabilidade do senhor Denivaldo Alves Caldeira, relativa ao exercício de 2010, com fulcro no art. 84, III, d da Lei 621/2012,

aplicando-se multa aos senhores Denivaldo Alves Caldeira, Nestor Amorim e Sirlene Leite da Costa, bem como que seja afastada a aplicação de multas às empresas R V Vigilância Ltda., G F Limpeza em Geral Ltda e declarada a sua inidoneidade.

O Ministério Público Especial de Contas encampa a proposta técnica e, por meio do Parecer Ministerial 3925/2018 (fls. 103), propõe a fixação do prazo de cinco anos para declaração da inidoneidade das empresas para participar de licitação ou para contratar com a administração pública estadual e municipal, na forma do art. 140 da LC 621/2012.

II FUNDAMENTAÇÃO:

II.1 Admissibilidade Recursal:

Quanto ao cabimento, o presente Recurso de Reconsideração foi interposto pelo órgão ministerial em razão do Acórdão 798/2017, que julgou regular com ressalva a Prestação de Contas Anual da Câmara Municipal de Ecoporanga, relativa ao exercício de 2010, portanto, decisão definitiva sujeita a presente hipótese recursal, nos termos do art. 164 da LC 621/2012.

Quanto à tempestividade, verifica-se que a entrega dos autos com vista pessoal ao Ministério Público de Contas para ciência do Acórdão TC 798/2017 ocorreu em 04/09/2017, conforme dispõe o art. 66, V da LC 621/2012.

Neste passo, considerando o disposto no art. 405, § 2º do RITCEES e art. 157 da LC 621/2012, o prazo para interposição do Recurso de Reconsideração em face do mencionado Acórdão vence em 06/11/2017, e sendo interposto o presente Recurso de Reconsideração em 22/09/2017, têm-se o mesmo como tempestivo.

Assim, opina-se pelo conhecimento do presente recurso.

Do mesmo modo, as contrarrazões apresentadas pelos recorridos Denivaldo Alves Caldeira, Nestor Amorim Filho e Sirlene Leite da Costa são cabíveis e tempestivas, conforme informação da Secretaria Geral das Sessões, conforme despacho 69699/2017-8 (fls. 68), tendo os demais responsáveis sucumbidos de suas respectivas defesas, ao deixar passar *in albis* o prazo de encaminhamento de suas

contrarrazões, em atendimento à Decisão Monocrática 1599/2017, cujo vencimento se deu em 21/11/2017.

II.2 Do mérito:

Em síntese, o recorrente destaca que o entendimento assentado no Acórdão TC 798/2017 afronta os dispositivos legais, regimentais e constitucionais, face o julgamento pela regularidade com ressalva das contas da Câmara de Ecoporanga, exercício 2010, inobstante à manutenção das irregularidades dos atos de gestão apresentados no Relatório de Auditoria Ordinária 00140/2011 (processo TC 4853/2011) e nos seguintes itens da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 553/2013 (fls. 317/366 do processo 1513/2011):

- 4.1.1.1.b (Abertura e julgamento injustificado de convite com menos de três propostas válidas – relativo ao Convite 06/2010);
- 4.1.1.3 (Previsão editalícia restritiva da competitividade – relativo ao Convite 06/2010);
- 4.1.1.7 (Ausência de representante da administração especialmente designado para acompanhar e fiscalizar a execução contratual – relativo aos Convites 02/2010, 03/2010, 04/2010, 01/2010, 06/2010) e
- 4.1.1.8 (Ausência de competição no certame licitatório – relativo ao Convite 03/2010).

Neste aspecto, passo a análise dos referidos itens de irregularidades recorridos:

II.2.1 Abertura e julgamento injustificado de convite com menos de três propostas válidas (referente ao item 3.1 da Instrução Técnica de Recurso 233/2018 e 4.1.1.1. b da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 553/2013)

Base legal: artigo 22, §3º e §7º, da Lei 8.666/93

Responsáveis: Denivaldo Alves Caldeira (Presidente da Câmara) e
Sirlene Leite da Costa (Presidente da CPL)

A presente irregularidade decorre do procedimento licitatório - **convite 06/2010**, no qual foi configurada afronta ao art. 22, § 7º, da Lei n. 8.666/93, pois neste certame, apesar de terem sido convidados três profissionais do ramo jurídico, pessoa física,

apenas o senhor Leonardo Guimarães teria comparecido, conforme registro na ata de julgamento.

Em análise aos autos, a equipe de auditoria constatou que o licitante Vagner Soares (ausente) foi considerado inapto por não ter atestado de capacidade técnica (letra e, do item 3.1), embora tivesse conhecimento de tal exigência para participar do processo licitatório.

O senhor Leonardo (único presente) impetrou recurso alegando que o vencedor da licitação, senhor Fábio Machado da Costa, teria apresentado dois atestados de capacidade técnica que não comprovariam sua atuação em processos administrativos disciplinares e de tomada de contas. Porém o recurso foi rejeitado por intempestividade.

Naquelas circunstâncias, as justificativas apresentadas pelos responsáveis foram devidamente analisadas e mantida a irregularidade deste tópico em fase da elaboração da Instrução Técnica Conclusiva - ITC 553/2013 e do parecer ministerial, respectivamente acostados às fls. 317/366 e 381/395 do processo em apenso - TC 1513/2011, com indicação de multa aos agentes públicos considerados responsáveis.

Em sede recursal, aduz o recorrente que o acórdão recorrido foi fundamentado na ausência de dolo ou má-fé dos responsáveis para afastar a irregularidade e destaca que, não obstante a Comissão Permanente de Licitação ter reconhecido a ausência de três propostas válidas, não houve fundamentação para não se repetir o convite homologado pelo presidente da Câmara.

Neste contexto, argumenta o recorrente que a ausência de dolo ou má-fé dos gestores não exclui suas responsabilidades, uma vez que vislumbrada a presença de culpa.

Assim sendo, alega o recorrente que o gestor deveria repetir o convite ou demonstrar que havia limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, fato que não ocorreu, incidindo, por consequência, em grave irregularidade passível de multa à Denivaldo Alves Caldeira e Sirlene Leite da Costa.

O patrono do senhor Denivaldo Alves Caldeira e da senhora Sirlene Leite da Costa destacam que, com relação à presente irregularidade as devidas justificativas foram apresentadas pelos defendentes anteriormente, e naquela época já teriam demonstrado a impossibilidade de repetição do certame licitatório, diante de necessidade urgente de contratação especializada de profissional para abertura e acompanhamento da tomada de contas especial e PAD – Processo Administrativo Disciplinar a ser instaurado, no intuito de apuração de um possível desfalque ao erário, num valor superior a R\$ 300.000,00, perpetrado por servidor efetivo daquela Casa Legislativa.

Afirmam que ficou devidamente comprovado o envio de convite a vários proponentes licitantes, demonstrando-se a limitação do mercado, motivo pelo qual se teve, inclusive, que convidar profissionais de outras localidades.

Asseveram que consta registrado em ata que, embora estivesse presente apenas o senhor Leonardo, os outros dois convidados, senhores Fábio Machado da Costa (vencedor do certame) e Wagner Soares de Oliveira também manifestaram interesse em participar do certame.

Todavia, após apresentação de sustentação oral e juntada de novos documentos (fls. 409/435 do processo em apenso - TC 1513/2011), a irregularidade constante neste tópico foi afastada pela Segunda Câmara, acompanhando os termos do voto do relator, Conselheiro Domingos Augusto Taufner (voto 3599/2017 - fls. 475/515 do processo em apenso - TC 1513/2011), pelos motivos que transcrevo:

Conforme sustentado pela equipe técnica os licitantes convidados eram sediados fora dos limites territoriais do Município de Ecoporanga, inclusive na região da Grande Vitória, como foi o caso do vencedor contratado, desta forma não há como se alegar limitação de mercado.

Todavia, entendo que ante a suspeita de desfalque por um servidor efetivo na Casa de Leis de Ecoporanga, não restam dúvidas acerca da necessidade urgente de apuração dos fatos. E justamente em motivada por essa necessidade iminente de apurar os possíveis danos causados pelo servidor que foi realizada a contratação da assessoria jurídica, que assessorou todo trabalho de apuração por meio do Processo Administrativo Disciplinar e da instauração e conclusão da Tomada de Contas Especial, resultando na demissão do servidor, condenação a ressarcir ao erário, dentre outras medidas.

Ademais, não podemos deixar de registrar que em um órgão tão pequeno quanto a Câmara de Ecoporanga, com poucos servidores o envolvimento de

um servidor em desvio de verba pública inviabiliza o funcionamento geral do órgão, motivo que justifica uma apuração célere dos fatos.

Ressalto, ainda que não restou configurado dolo ou má-fé dos responsáveis, entendo que a contratação foi motivada pela necessidade de apuração de danos causados ao erário da Casa de Leis de Ecoporanga, razão pela qual entendo que esta irregularidade deve ser afastada.

Em fase recursal, opinou a área técnica pela manutenção da irregularidade, bem como pela aplicação de multa aos responsáveis, conforme se depreende da **Instrução Técnica de Recurso – ITR 0233/2018**.

Ao contrário do entendimento técnico e ministerial verifico que, diante do desvio de recursos públicos a ser apurada no âmbito daquele Legislativo local, que se constitui um órgão de pequeno porte e com reduzido número de servidores, resta demonstrada a necessidade imperiosa e de celeridade na contratação em tela, bem como se encontram reconhecidas as motivações para a não repetição do convite 06/2010, como bem expôs o eminente relator em seu voto.

Neste cenário, constato que no caso concreto não se pode exigir conduta diversa dos agentes envolvidos, caracterizando-se nesta hipótese em uma excludente de suas respectivas culpabilidades.

Diante do exposto, deixo de acolher as razões recursais quanto a este item, acompanhando o entendimento do relator para manter a irregularidade disposta neste tópico sem, contudo, aplicar multa aos agentes envolvidos.

II.2.2 Previsão editalícia restritiva da competitividade (referente ao item 3.2 da Instrução Técnica de Recurso 233/2018 e 4.1.1.3 da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 553/2013)

Base legal: artigo 3º, caput e §1º, da Lei 8.666/93

Responsáveis: Denivaldo Alves Caldeira (Presidente da Câmara), Sirlene Leite da Costa (Presidente da CPL) e Nestor Amorim Filho (Assessor jurídico)

Conforme se verifica da ITI 1089/2011 (processo TC 4853/2011, em apenso), o edital do **convite 06/2010** estabelecia em seu objeto a contratação de pessoa física para execução dos serviços pleiteados, afastando da competição os profissionais que atuassem em escritórios de advocacia - pessoas jurídicas, ferindo os princípios

da impessoalidade e da isonomia, previstos no *caput* do art. 3º, da Lei 8.666/93, além de restringir, frustrar ou comprometer o caráter competitivo do processo licitatório, vedado no § 1º deste mesmo dispositivo legal.

As justificativas apresentadas pelos responsáveis foram devidamente analisadas por meio da Instrução Técnica Conclusiva ITC 553/2013, que opinou pela manutenção da irregularidade e aplicação de multa.

Em seguida, corroborando as análises feitas na ITC 553/2013, manifestou-se o Ministério Público de Contas.

A Segunda Câmara, acompanhando os termos do voto do relator (voto 3599/2017 - fls. 475/515 do processo em apenso - TC 1513/2011), proferiu o acórdão TC 798/2017, conforme trecho que reproduzo:

Importante registrar que o julgado do TCU, conforme ressalta a equipe técnica, se deu em virtude do caso concreto analisado que se refere à prestação de contas da TBG – Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil, sociedade anônima cuja acionista majoritária (51%) é a Petrobrás Gás S.A. – Gaspetro e, por isso, os procedimentos licitatórios e contratações atendem a critérios e peculiaridades distintos dos ora analisados, especialmente em função do Decreto Federal 2.745/1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás, conforme previsto no artigo. 67, da Lei Federal 9.478/1997 (Lei do Petróleo).

Neste sentido, não se deve confundir a expressão utilizada no julgado “advogados associados” com “sociedade de advogados”, assim confirma-se a inaplicabilidade do Acórdão 596/2007 – Plenário do TCU ao caso aqui debatido.

Entretanto, ainda que o julgado do TCU não disserte acerca do tema debatido nesta irregularidade, entendo que ainda que o certame fosse direcionado a pessoa física, nada impediria a advogados associados a um escritório participarem da licitação.

Ressalto ainda, que não vislumbro má-fé ou dolo na ação dos responsáveis, razão pela qual acolho parcialmente as justificativas trazidas pelos responsáveis, Denivaldo Alves Caldeira, Nestor Amorim Filho e Sirlene Leite da Costa.

Ademais, cumpre registrar que a referida irregularidade não possui o condão de macular o julgamento e ensejar a aplicação de multa em virtude da sua não gravidade.

O recorrente enfatiza que esse Tribunal de Contas do Estado já considerou, em outras oportunidades, a gravidade desta mesma irregularidade e aplicou a pena de multa aos responsáveis, conforme acórdãos TC-767/2015 e TC 294/2013. No mesmo sentido, cita excerto do Acórdão 1448/2011-Plenário do TCU.

Reforça a tese já citada anteriormente que a ausência de dolo ou má-fé não elide a responsabilização dos administradores públicos, uma vez que evidenciada sua culpa.

Em sede recursal, sustenta o representante legal dos responsáveis, Sra. Sirlene Leite da Costa e os Srs. Denivaldo Alves Caldeira e Nestor Amorim Filho (Assessor Jurídico do Órgão), que a referida exigência se deu em decorrência de que na fase de cotação teriam sido registrados somente orçamentos elaborados por pessoas físicas.

Ademais, destacam os recorridos que não houve dolo, má-fé ou mesmo culpa, não havendo qualquer dano ao erário, ou malversação dos recursos, e que, inclusive, foi interposto recurso administrativo em face do licitante vencedor, em razão do recorrente ter entendido que o preço era inexequível, o que, no seu entender, demonstra que não houve prejuízo ao erário.

Todavia, em fase recursal, opinou a área técnica pela manutenção da irregularidade, considerando-a de natureza grave, bem como pela aplicação de multa aos responsáveis, conforme se depreende da **Instrução Técnica de Recurso – ITR 0233/2018**.

Pois bem. Diferente do entendimento da área técnica e ministerial, destaco que existem peculiaridades nesta licitação que não podemos olvidar, e que vem a sustentar a posição adotada pelo ilustre relator em voto, senão vejamos.

Primeiramente, o fato de que o preço da contratação se encontrava dentro do preço praticado no mercado, ou até mesmo abaixo, tendo em vista o questionamento quanto à sua inexequibilidade, conforme recurso interposto à época da licitação.

Também destaco o argumento utilizado pelo relator (voto 3599/2017 – TC 1513/2011- em apenso), segundo o qual, ainda que o certame fosse direcionado a pessoa física, nada impediria a advogados associados a um escritório participarem da licitação.

Nessa linha, me filio ao entendimento do eminente relator, considerando no caso concreto que a conduta dos responsáveis indicados, de fato, não se configura como grave, constituindo-se nesta situação como um erro formal e de baixa ofensividade, de forma a prescindir a aplicação de sanção aos agentes envolvidos.

Portanto, com base nos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, deixo de acolher as razões recursais, afastando a imputação de multa aos responsáveis, mantendo incólume o acórdão recorrido quanto a este item.

II.2.3 Ausência de representante da administração especialmente designado para acompanhar e fiscalizar a execução contratual (referente ao item 3.3 da Instrução Técnica de Recurso 233/2018 e 4.1.1.7 da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 553/2013)

Base Legal: artigo 67 da Lei 8.666/93;

Responsável: Denivaldo Alves Caldeira;

Conforme se verifica da ITI 1089/2011 (processo TC 4853/2011, em apenso), a equipe de auditoria constatou que não houve designação de representante da Câmara Municipal para acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos ns. 02, 04, 05, 06 e 07/2010, configurando, assim, descumprimento ao artigo 67, *caput*, da Lei 8.666/93.

As justificativas apresentadas pelos responsáveis foram devidamente analisadas por meio da Instrução Técnica Conclusiva ITC 553/2013, que opinou pela manutenção da irregularidade, posição que foi integralmente acompanhada pelo Ministério Público de Contas.

A Segunda Câmara, anuindo os termos do voto do relator, proferiu o Acórdão 798/2017, no sentido de afastar a imputação de multa ao agente indicado como responsável, uma vez que não teria sido caracterizado o dolo ou má-fé em sua conduta, de forma a não ensejar a aplicação de sanção, nem mesmo macular o julgamento das contas em questão, em virtude da sua não gravidade.

Em sede recursal, aduz o recorrente que restou demonstrado nos autos que os contratos nº 02, 04, 05, 06 e 07/2010 não possuíam fiscal designado pela administração para acompanhar e fiscalizar os contratos, em total afronta à Lei. 8666/93.

Afirma que somente a regular fiscalização por parte da administração é capaz de garantir a entrega do bem/serviço de forma satisfatória, providência que, se não cumprida, expõe o erário a risco de dano.

Assim, segundo o recorrente, restou evidenciado o *error in iudicando* no v. Acórdão TC-798/2017, haja vista que a irregularidade praticada seria de natureza grave, ante a sua potencialidade de lesão ao erário, o que ensejaria a irregularidade das contas com a consequente aplicação de multa ao Sr. Denivaldo Alves Caldeira.

O patrono do senhor Denivaldo Alves Caldeira assevera que :

"(...) a ausência de representante legal devidamente designado para acompanhar e fiscalizar a execução contratual pode ser devidamente dispensado, quando efetivamente cumprido pelo representante legal.

Tanto o é, que há pouco, pelo TCE/ES - Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, houve entendimento nesse diapasão, pelo seu Pleno, através de decisão deste Ínclito Conselheiro Relator, através do Acórdão TC-826/2017 (fls. 45/46), que assim dispõe, in verbis:

"(•••) Destarte, descabida a responsabilização do prefeito no presente caso concreto, ante a ausência denexo de causalidade entre a sua conduta e a irregularidade mencionada pela Área Técnica. Afasto, pois, a irregularidade em relação ao Prefeito, Sr. Pedro Costa Filho. Deixo, igualmente, de manter a irregularidade quanto ao Secretário de Finanças, vez que em todos os relatórios colacionados e solicitações de pagamento, é o próprio Sr. Cezar José de Oliveira quem firma os documentos, de modo que entendo já ter sido designado o fiscal no próprio bojo do contrato e este era mesmo o Secretário. Afasto, pois, a irregularidade".

Insta ressaltar, Ínclito Conselheiro Relator que devido ao Vosso entendimento, houve mudança na definição do respectivo Acórdão 826/2017, passando a constar pelo acolhimento das justificativas, de forma a não ensejar qualquer penalidade quanto ao fiscal do contrato, devendo ter-se o mesmo entendimento no presente caso concreto, nos termos legais.

Destarte, Ínclito Conselheiro Relator, por todo o exposto, não há que se falar em aplicação de multa ao caso concreto, nos termos de aplicação análoga ao Acórdão TC-826/2017, de forma que, não merece reparo o v. Acórdão, de forma a ser mantido, não devendo ser vergastado o item 4.1.1.7, como medida que se impõe.

Fundamenta o Sr. Denivaldo Alves Caldeira, acerca desta irregularidade, que o acompanhamento e fiscalização da execução contratual na Câmara de Ecoporanga compete ao ocupante de cargo em comissão de Diretor do Departamento de Gestão Administrativa e no caso do Contrato 6/2010, os pagamentos teriam sido efetivados por solicitação do Diretor do Departamento de Gestão Administrativa após ter averiguado a execução dos serviços.

Em fase recursal, opinou a área técnica por não acolher as razões do recorrido, mantendo a irregularidade, bem como a aplicação de multa ao responsável, conforme se depreende da **Instrução Técnica de Recurso – ITR 0233/2018**.

Novamente frisou a área técnica que não são exigíveis o dolo ou má-fé como pressupostos para configuração da irregularidade, tampouco para a aplicação da penalidade de multa ao gestor faltoso, bastando, tão somente que a sua conduta seja culposa.

Pois bem. Para elucidação da questão, entendo pertinente trazer à colação as ponderações levantadas pelo Núcleo de Recursos e Consultas (ITR 233/2018):

“De se considerar que, conforme ressaltado pelo recorrente, a ausência de regular fiscalização por parte da administração expõe o erário a risco de dano.

Contudo, no presente caso concreto, não se tem notícias de que o serviço não tenha sido prestado, ou que tenha sido prestado de forma insatisfatória. Desta forma, em que pese a responsabilidade do gestor, entende-se que a irregularidade noticiada não enseja, por si só, aplicação de multa”.

Ademais, ressaltou aquele núcleo de recursos que:

“Relativamente ao Acórdão 826/2017, citado pelo recorrido, cumpre destacar que a responsabilidade do prefeito foi afastada em razão de constar expressamente do contrato que a responsabilidade pela designação de fiscal seria da Secretaria de Finanças. Também foi afastada a responsabilidade do Secretário de Finanças uma vez que, como era ele mesmo quem firmava os documentos, entendeu-se já ter sido designado o fiscal no próprio bojo do contrato.

Contudo a situação tratada no Acórdão 826/2017 é diversa da tratada nestes autos, haja vista que naquele caso concreto constava expressamente do contrato que a responsabilidade pela designação de fiscal seria da Secretaria de Finanças e foi justamente o Secretaria de Finanças que firmou os documentos. Já na irregularidade ora em análise, não havia nos contratos qualquer previsão no mesmo sentido, razão pela qual entende-se não assistir razão ao recorrido”.

Também me aproprio dos termos do voto do relator originário (voto 3599/2017 – TC 1513/2011- em apenso):

“Assim, a ausência de designação de servidor para o acompanhamento e fiscalização, poderia macular a comprovação da execução dos contratos, além de poder importar potencial risco ao erário. Ademais, cumpre ressaltar que o defendente não conseguiu provar nos autos a competência formal atribuída ao Diretor de Departamento de Gestão Administrativa, de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos, motivo pelo qual mantenho a presente irregularidade. Entretanto, registro que não vislumbro má-fé ou dolo na ação do responsável e entendo que por tudo debatido nos autos a referida irregularidade não possui o condão de macular o julgamento e ensejar a aplicação de multa em virtude da sua não gravidade”.

Deste modo, constato que a irregularidade consistente em não designação de fiscal dos contratos firmados por aquela Câmara Municipal foi confirmada nestes autos, entretanto, se formou convencimento pelo julgador originário, de mesmo modo reconhecida pelo núcleo de recursos (ITR 233/2018), que essa irregularidade formal não seria de natureza grave, portanto, insuficiente a ensejar a aplicação de multa, nem mesmo de macular as contas em comento.

De fato, a ausência de regular fiscalização por parte da administração expõe o erário a risco de dano, contudo, no presente caso concreto, não se tem notícias de que os serviços não tenham sido prestados, ou que tenham sido prestados de forma insatisfatória, e nesse sentido entendo que a irregularidade noticiada não enseja a aplicação de multa, ante a execução esmerada dos serviços contratados.

Nesta senda, mais uma vez me posiciono na linha de raciocínio empregada pelo relator, pois diferente do argumento trazido pelo recorrente, verifico que o potencial de ofensividade e gravidade decorrente desta irregularidade formal não foi verificado no caso concreto, quando da execução contratual.

Todavia, em razão do caráter pedagógico das decisões desta Corte de Contas, no intuito de que esta irregularidade se perpetue nos contratos realizados por aquela Casa de Leis, resta a meu ver a necessidade de implementação de uma determinação à atual gestão da Câmara de Ecoporanga, para que adote, na formalização dos contratos futuros, a inclusão de cláusula de designação de fiscal, em cumprimento ao art. 67, caput, da Lei de Licitações e Contratos.

Ante o exposto, deixo de acolher as razões recursais quanto a este item, mantendo o afastamento da sanção ao responsável, nos termos do acórdão recorrido, acrescentando-lhe apenas a determinação supracitada.

II.2.4 Ausência de competição no certame licitatório (referente ao item 3.4 da Instrução Técnica de Recurso 233/2018 e 4.1.1.8 da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 553/2013)

Base legal: artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, princípios da moralidade e da isonomia e artigos 3º, caput e 22, §§ 3º e 7º; da Lei 8.666/93;

Responsáveis: Denivaldo Alves Caldeira (Presidente da Câmara), Elias Tavares (Presidente da CPL), empresas G F Limpeza em Geral Ltda. e R V Vigilância Ltda (contratada e licitante).

Conforme se verifica da ITI 1089/2011 (processo TC 4853/2011, em apenso), a equipe de auditoria verificou que o **Convite 03/2009**, homologado em 11/02/2010, foi realizado sem que fosse estabelecida competição entre os licitantes, visando obter a oferta mais vantajosa para a administração municipal, descumprindo, assim, o artigo 3º, *caput*, da Lei 8.666/93.

As justificativas apresentadas pelos responsáveis foram devidamente analisadas por meio da Instrução Técnica Conclusiva ITC 553/2013, que opinou pela manutenção da irregularidade, pela imposição de multa aos responsáveis envolvidos e declaração de inidoneidade às empresas G F Limpeza em Geral Ltda. e R V Vigilância Ltda, posição que foi integralmente acompanhada pelo Ministério Público de Contas (parecer de fls. 381/395 do TC 1513/2011, em apenso).

Em sustentação oral, o Sr. Denivaldo Alves Caldeira, apresentou os seguintes argumentos, conforme notas taquigráficas encartadas às fls. 411/412 – TC 1513/2011, em apenso, cujo trecho passo a transcrever:

“(...) espero que ainda aconteça de o referido servidor pagar pelo o que fez: devolver aos cofres públicos o dinheiro que desviou e que seja punido criminalmente. E que eu não seja julgado culpado por aquilo que não fiz. Ninguém é capaz de provar que nesse procedimento de 2010 tem ato meu

de má-fé, que tem um dedo meu de envolvimento nessas licitações fraudulentas ou em qualquer outra coisa fraudulenta que tem nesse processo de 2010. Não há como provar, porque não existe! (...)

Além disto, o defendente à época juntou documentação, trazendo a conhecimento desta Egrégia Corte a apuração da Tomada de Contas Especial instaurada em sua gestão por aquele Legislativo local, em cumprimento a imposição deste Tribunal, para apurar a responsabilização do Sr. Elias Tavares, contador da Câmara, ocupante do cargo efetivo de técnico de contabilidade por aproximadamente vinte anos, fato que resultou no reconhecimento do desfalque dado por aquele servidor, no montante de R\$327.127,33, além de sua demissão, conforme Decreto Legislativo n. 053/2010 (fls. 421/434 – TC 1513/2011, em apenso).

Naquela mesma ocasião, também foram apontados erros nos processos administrativos de contratação, praticados pelo ex-servidor Elias Tavares, acometidos na função que ocupava de presidente da Comissão Permanente de Licitação daquela Câmara Municipal.

Inobstante os fatos de suma gravidade apresentados em defesa oral pelo Sr. Denivaldo Alves Caldeira, a área técnica manteve os termos da ITC 553/2013, com a manutenção da irregularidade deste tópico, bem como da responsabilização dos agentes indicados, entre os quais, o presidente da Câmara em tela, consoante se vê na Manifestação Técnica de Defesa – MTD 24/2015 (fls. 450/453 do TC 1513/2011, em apenso).

Todavia, constato que o elucidativo voto do relator foi acompanhado pela Segunda Câmara, nos termos do Acórdão 798/2017, no qual foi fundamentado o afastamento da responsabilização do Sr. Denivaldo Alves Caldeira que, em suma, se apoia nos seguintes argumentos:

“o ordenador de despesas no momento da assinatura do contrato não tinha elementos suficientes para verificar a irregularidade aqui debatida, tendo em vista que sua decisão foi embasada na Ata de Abertura e Julgamento da Carta Convite e no Parecer Jurídico emitido pelo assessor Jurídico daquela Casa Leis”.

Desta forma, nos termos do citado acórdão, entendeu-se pela **manutenção da irregularidade**, contudo, afastou-se a responsabilidade do Sr. Denivaldo Alves Caldeira.

No tocante à declaração de idoneidade das empresas pertencentes a um mesmo sócio, concluiu-se no processo originário que não havia elementos suficientes nos autos que motivassem tal medida.

Por seu turno, o órgão ministerial interpõe o presente recurso alegando que a responsabilidade do superior hierárquico, no caso, o Presidente da Câmara, quanto à restrição a competitividade do certame, decorria da culpa "*in vigilando*" ou "*in elegendo*", uma vez que teria o dever, como ordenador de despesas, de observar a correta tramitação do procedimento licitatório do qual poderia resultar dano ao erário, antes de homologar o procedimento, cabendo a necessidade neste caso de se sancionar os responsáveis, quais sejam Denivaldo Alves Caldeira e Elias Tavares, na forma do art. 135, inciso II, da LC n. 621/12.

O patrono do senhor Denivaldo Alves Caldeira assevera em suas contrarrazões:

Ora, Íncrito Conselheiro Relator, quer o Ilustre MPC - Ministério Público de Contas, efetuar responsabilização de agente, independentemente de sua participação.

Tal prática, acaso seja atendida, efetuará divergência quanto o entendimento esposado que gerou a confecção da Lei Complementar n. 621/2012, ao qual passou ao entendimento de que para ser responsabilizado, deve haver a comprovação da prática de seus atos, de forma a gerar o dano, o nexa causal entre o dano e sua prática, ao qual, não demonstrado, não há como responsabilizar agente.

A Equipe Técnica e o MPC - Ministério Público de Contas, conseguiram demonstrar que as duas empresas trabalharam em conluio para participarem do certame licitatório. Entretanto, há de considerar que não houve convite efetuado pelo Ordenador de Despesas, Sr. DENIVALDO ALVES CALDEIRA. Ora, o que se demonstrou, desde o início, é que o Sr. ELIAS TAVARES, servidor efetivo da Casa Legislativa e também Presidente da CPL - Comissão Permanente de Licitação, efetuou desfalque ao erário, com o desvio de recursos públicos na ordem acima de R\$ 300.000,00 (Trezentos Mil Reais). **Além disso, como Presidente da Comissão Permanente de Licitação, providenciou práticas escusas, com a participação de duas empresas em que possuíam o mesmo sócio e, como na justificativa do defendente já demonstrada, que o Sr. Elias Tavares (Contador), era o contador particular das referidas empresas. Destarte, como poderia o ordenador de Despesas ter conhecimento de tal prática? Ainda mais, estava presente o Assessor Jurídico da Casa Legislativa quando da abertura e julgamento do**

certame licitatório e emitiu Parecer Jurídico de que procedimento se encontrava nos moldes legais.

Há de salientar que não se pode responsabilizar agente por simples presunção. Deve haver prova cabal, robusta, irrefutável de que haja nexos causal entre seus atos e o dano alegado, o que em momento algum restou comprovado nos autos, motivo pelo qual não merece qualquer reforma o Acórdão C-798/2017.

Para tanto, Íncrito Conselheiro Relator, faz-se necessária, novamente o entendimento esposado por Vossa Excelência, no Acórdão TC-826/2017, ao qual elucida tal questão, no tocante a responsabilização dos Ordenadores de Despesa, nos procedimentos licitatórios, senão vejamos, in verbis:

"(...) Inicialmente, quanto à responsabilização do Prefeito, dirijo da instrução técnica e voto pela exclusão da irregularidade em relação ao mesmo, na esteira dos votos já proferidos por mim em diversas oportunidades, já que entendo não ser razoável que o Prefeito de uma cidade possa se imiscuir em todas as licitações, aferindo a regularidade de todos os itens constantes dos editais".

Assim, com fulcro no que dispõe o art. 80, §2º, do Decreto-Lei n. 200/67, que dispõe, senão vejamos, in verbis:

Art. 80. (...)

§ 2º. O Ordenador de despesa, salvo conivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas".

Ora, Íncrito Conselheiro Relator e demais Pares, tanto o é que o Sr. DENIVALDO ALVES CALDEIRA, à época Ordenador de Despesas nunca fora conivente com qualquer situação irregular e/ou ilegal, que quando tomou conhecimento da prática de desfalque ao erário público por parte do servidor efetivo (que também era o Presidente a Comissão Permanente e Licitação da Câmara Municipal de Ecoporanga), tomou todas as medidas necessárias, implantando TCE -Tomada de Contas Especial, PAD - Processo Administrativo Disciplinar, além de todas as medidas administrativas e judiciais para tentar retornar aos cofres públicos os valores desviados.

Destarte, não se pode tentar responsabilizar agente que não participou dos referidos atos e, comumente demonstrado por Vossa Excelência, em seu Voto no Acórdão TC826/2017, não se pode imiscuir que o Ordenador de Despesa esteja aferindo a regularidade de todos os atos de procedimentos licitatórios.

Para isto serve seu corpo técnico, tendo sido emitidos pareceres favoráveis pelo Assessor Jurídico, pelo Contador (servidor que praticou o desfalque ao erário) e pelo Presidente da Comissão Permanente de Licitação (servidor que praticou o desfalque ao erário), não se podendo responsabilizar o Sr. Denivaldo Alves Caldeira, haja vista que sua equipe técnica alegou que todos os atos se encontravam nos moldes prescritos pela legislação.

Destarte, Íncrito Conselheiro Relator, por todo o exposto, não há que se falar em aplicação de responsabilização ao Sr. DENIVALDO ALVES CALDEIRA ao caso concreto, nos termos de aplicação análoga ao Acórdão TC-826/2017, de forma que, não merece reparo o v. Acórdão, de forma a ser

mantido, não devendo ser vergastado o item 4.1.1.8, como medida que se impõe. (grifei)

Neste cenário, entretanto, a subscritora da peça técnica recursal (ITR 233/2018) anuiu os argumentos antes esposados pelo nosso corpo técnico e órgão ministerial, mantendo a responsabilidade e a multa imputado ao senhor Denivaldo Alves Caldeira e demais responsáveis, inovando apenas quanto à proposta de afastamento da multa e declaração de inidoneidade às empresas envolvidas.

O órgão ministerial acompanhou na íntegra o entendimento técnico, definindo o prazo de cinco anos para a inidoneidade imposta às empresas citadas.

No caso sob análise, a área técnica entendeu que houve burla ao caráter competitivo do processo licitatório, em detrimento dos princípios da moralidade e da isonomia e da probidade administrativa, consubstanciados nos artigos 3º, *caput* e § 3º, 22, §§ 3º e 7º; e no artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, em virtude da participação de apenas duas empresas, que não concorriam de fato, pois tinham sócio em comum.

Importa reprimir os argumentos do recorrido, senhor Denivaldo Alves Caldeira, que em suas contrarrazões alega que ficou demonstrado nos autos que as empresas GF Limpeza em Geral Ltda. e R V Vigilância Ltda. trabalharam em conluio para participarem do certame licitatório.

Destaca que não foi ele quem efetuou os convites àquelas empresas, sendo que estes foram feitos pelo senhor ELIAS TAVARES, servidor efetivo da Casa Legislativa e também Presidente da CPL - Comissão Permanente de Licitação.

Assevera que o senhor ELIAS TAVARES desviou recursos públicos na ordem acima de R\$ 300.000,00 (Trezentos Mil Reais).

Acrescenta que o senhor Elias Tavares era o contador particular das referidas empresas e que na sessão de abertura e julgamento das propostas o assessor jurídico da Câmara Municipal estava presente e emitiu parecer jurídico pela regularidade do procedimento.

Ainda sobre a questão da responsabilidade do Ordenador de Despesas convém enfatizar que a subscritora da peça técnica de recurso, ao analisar este tópico, manteve a responsabilização do senhor Denivaldo Alves Caldeira se baseando no fato de que a irregularidade no procedimento licitatório era *“de fácil percepção, haja vista que pela simples consulta aos Contratos Sociais das empresas R V Vigilância Ltda., G F Limpeza em Geral Ltda seria possível constatar que ambas possuíam em seu quadro societário o senhor Valdeci Ferreira de Souza”*.

Na peça recursal também foi refutado o parecer da assessoria jurídica emitido acerca da regularidade do procedimento licitatório, considerando que a deficiência do parecer era perceptível para o senhor Denivaldo Alves Caldeira, presidente da Câmara, haja vista a superficialidade da análise do procedimento licitatório.

Por derradeiro, na fase recursal foi mantida a responsabilização do presidente da Câmara, por entenderem de que em *“todo o procedimento licitatório permitiria identificar que as empresas R V Vigilância Ltda., G F Limpeza em Geral Ltda possuíam o mesmo sócio, sendo, inclusive, ele quem assinou toda a documentação de ambas”*.

Ademais, alegam que muito embora houvesse apenas uma empresa habilitada, não havia nos autos qualquer justificativa para a não repetição do convite, conforme exigência do artigo 22, § 7º, da Lei 8.666/93, e sobre este aspecto, destacam que o parecer jurídico não teria feito qualquer ressalva quanto a este ponto.

Pois bem. Compulsando os autos de auditoria, constato a presença da ata de abertura e julgamento do certame – Convite 03/2010, analisado pelo presidente da CPL, Sr. Elias Tavares, e dois outros membros dessa comissão (fls. 439/440 do processo TC 4853/2011, em apenso), bem como do parecer n. 044/2010, emitido pelo senhor Nestor Amorim Filho, assessor jurídico daquele órgão (fls. 441/444 do processo TC 4853/2011).

Nestas circunstâncias, reconheço documentos que deram suporte à homologação realizada por parte do presidente da Câmara, senhor Denivaldo Alves Caldeira, configurando uma **excludente de sua ilicitude**, vez que sua conduta teria sido respaldada por ato de terceiros.

Não é demais reconhecer a jurisprudência formada sobre o assunto no âmbito deste Tribunal - Processos TC 1989/2010 (Acórdão 232/2013), TC 5928/09 (Acórdão 304/13), TC 167/12 (Acórdão 231/13), TC 7384/12 (Acórdão 161/13), TC 4878/2003 (Acórdão 1796/2015), TC 3873/2005 (Acórdão 910/2016) e TC 3674/2004, que se esteia na necessidade, para apuração da responsabilização, de formalização de uma devida matriz, no qual devem ser indicadas as condutas do agente e o nexo de causalidade que comprovadamente tenham corroborado com a consecução da irregularidade, o que não foi indicado na presente hipótese.

Nesse sentido, não cabia ao presidente da Câmara inspecionar a totalidade da documentação nos procedimentos licitatórios realizados sob sua gestão, até mesmo em razão da relação de confiabilidade que deve permanecer entre os chefes e seus subordinados, até prova em contrário.

Deste modo, privilegiando a força dos precedentes deste Tribunal e o princípio da colegialidade, que deve ser aplicado como método decisório dos julgamentos em órgãos colegiados, constato a inaplicabilidade de responsabilização do presidente da Câmara de Ecoporanga, no exercício de 2010, pelos fatos imputados neste tópico de irregularidade, segundo entendimento majoritário deste Colegiado, devendo, por consequência, ser mantido o afastamento da multa para o gestor em tela, nos termos do acórdão recorrido.

Ademais, no caso em tela o chefe daquele Legislativo municipal só teve conhecimento das irregularidades perpetradas pelo servidor efetivo, senhor Elias Tavares, após a conclusão dos certames realizados em 2009 e 2010, quando o mesmo adotou medidas de apuração e correção das irregularidades e recomposição ao erário, através de Tomada de Contas Especial instaurada, e que resultou na demissão deste servidor efetivo, como já informado pelo recorrido, da forma acima reproduzida.

Nesta seara, entendo que o gestor máximo do legislativo local não deve ser responsabilizado nesta hipótese, pois não cabia a ele a suspeita quanto à lisura dos atos de seus subordinados nos procedimentos licitatórios, em especial porque quando foi levantada a suspeita não houve de sua parte

inércia na apuração dos fatos, o que deixa o mesmo indene de qualquer suspeita quanto a sua conviência com aquela situação.

Acerca da penalidade adequada a ser infligida às empresas, me socorro a peça conclusiva para concluir que as empresas usaram de má-fé para fraudar o procedimento licitatório sob análise, fatos que configuram a prática de ato doloso, conforme termos que entendo importante reproduzir:

de fato observa-se que o senhor Valdeci Ferreira de Souza integra o quadro societário de duas das empresas convidadas na seguinte proporção: 50% da R V Vigilância Ltda. e 99% da G F Limpeza em Geral, sendo esta a licitante vencedora e da qual é também sócia (1%) a filha do senhor Valdeci Ferreira de Souza (fls. 364/453 - doc. 4, v. III, TC 4853/2011).

Além disso, constata-se que além de sócio, o senhor Valdeci Ferreira de Souza atuou, em todos os atos do Convite 3/2010, como representante legal das empresas referidas, tendo subscrito toda a documentação apresentada em nome das pessoas jurídicas, inclusive visando às fases de habilitação e propostas.

Outro dado que, embora isoladamente possa ser pouco representativo, merece destaque quando analisado no contexto aqui descrito, é que a empresa ao final sagrada vencedora, G F Limpeza em Geral Ltda., já mantinha contratado de prestação de serviços da mesma natureza com a Câmara de Ecoporanga em 2009, conforme documento assinado conjuntamente pelo Presidente da Casa, senhor Denivaldo Alves Caldeira, e pelo senhor Valdeci Ferreira de Souza visando à comprovação de aptidão para o desempenho da atividade de limpeza (fl. 424, Processo TC 4853/2011).

Da mesma forma, causa estranheza o termo de desistência recursal apresentado também pelo senhor Valdeci Ferreira de Souza, desta vez em nome da licitante inabilitada R V Vigilância Ltda. a qual, deve-se frisar, sequer apresenta dentre seus objetivos sociais os serviços pretendidos pelo Convite 3/2010 (fl. 408, Processo 4853/2011).

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União já sedimentou o entendimento de que a participação de empresas com sócios comuns, em sede de convite, é irregular por frustrar o caráter competitivo do certame:

Licitação para contratação de bens e serviços: Em licitações sob a modalidade convite é irregular a participação de empresas com sócios em comum. A partir de tomadas de contas anuais do Terceiro Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego - (Cindacta III), referentes aos exercícios de 2003 e 2004, julgadas anteriormente regulares e regulares com ressalva, respectivamente, o TCU analisou recursos de revisão interpostos pelo Ministério Público junto ao Tribunal - (MP/TCU) contra as deliberações antecedentes, tendo em vista fatos apontados em processo originário de representação formulada pelo Departamento de Polícia Federal. Nesse quadro, foram consideradas lesivas à ordem jurídica a adjudicação e a homologação de certames licitatórios, na modalidade convite, para a prestação de serviços ou para a aquisição de bens por parte do Cindacta III, com menos de três propostas de preços válidas e independentes entre si. A ausência de independência das propostas, no ponto de vista do relator, seria perceptível, ante a imbricada rede de relacionamentos, inclusive de parentescos familiares, entre representantes legais de empresas participantes de licitações realizadas pelo Cindacta III, sob a modalidade convite. A esse

respeito, o relator consignou em seu voto a ocorrência de, senão má-fé, no mínimo grave omissão e falta de zelo por parte dos gestores responsáveis pelas contratações. Anotou, ainda, com base em decisões anteriores do Tribunal, entendimento no sentido de considerar “irregular a participação de empresas com sócios em comum quando da realização de convites”. Por conseguinte, votou pelo provimento dos recursos de revisão intentados, e, no ponto, pela rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis envolvidos, levando o fato em consideração para votar, ainda, pela irregularidade das contas correspondentes, sem prejuízo da aplicação de multa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 161/1998 – 1ª Câmara e 297/2009 e 1.793/2009, ambos do Plenário. Acórdão n.º 2003/2011-Plenário, TC-008.284/2005-9, rel. Min. Augusto Nardes, 03.08.2011.

A Corte Federal, no mesmo sentido, já se posicionou inclusive pela declaração de inidoneidade das empresas pertencentes a um mesmo sócio quando constatada a frustração ao caráter competitivo e a quebra do sigilo das propostas:

Licitação de obra pública: Ainda que não haja vedação legal para a participação em concorrências de empresas com sócios em comum, a fraude à licitação, decorrente da frustração ao caráter competitivo TC 1513/2011 fls. 354 203.038 e da quebra do sigilo das propostas, enseja a declaração de inidoneidade das empresas pertencentes a uma mesma pessoa Ainda na auditoria efetuada pelo Tribunal junto às Superintendências Regionais do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA em Belém-PA e Santarém-PA, outra irregularidade que levou à audiência dos responsáveis foi a não observância, na Concorrência n.º 02/2008, da composição societária de duas empresas, as quais, conforme os documentos de habilitação, pertenceriam a uma mesma pessoa. Ao tratar do assunto, o relator, em seu voto, destacou que, em recente deliberação, o Tribunal ratificou entendimento de que “não há vedação legal para a participação, em concorrências, de empresas com sócios em comum, devendo, entretanto, tal informação ser confrontada com outras no decorrer do processo licitatório”. Na espécie, ainda consoante o relator, “constatou-se que as empresas apresentaram propostas com coincidência de texto, aí incluídos incorreções textuais e valores grafados, sendo também muito próximos os preços por elas oferecidos, nos lotes VI e VIII, em que eram as únicas participantes, o que obviamente deveria ter chamado a atenção dos responsáveis pelo certame, ante o comprometimento da lisura do certame pela frustração ao caráter competitivo e o princípio do sigilo das propostas”. Além disso, para o relator, “diante da configuração de fraude à licitação, afigura-se-me pertinente a declaração de inidoneidade das referidas empresas, conforme proposto pela unidade técnica”. Assim, diante dessa e de outras irregularidades, entendeu o relator não merecerem ser acolhidas as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, razão pela qual votou por que lhes fosse aplicada multa, no que foi acompanhado pelo Plenário, que também anuiu à proposta de declaração de inidoneidade das empresas participantes da fraude. Acórdão n.º 2528/2011-Plenário, TC-010.428/2009-0, rel. Min. José Jorge, 21.09.2011.

Assim, o cenário desenhado pela documentação mencionada confirma o indício de irregularidade inicialmente apontado aos responsáveis e afasta qualquer argumento que fragilmente pretenda suscitar a existência de mero erro formal ou mesmo o desconhecimento da situação por parte dos defendentes, pelas evidências de que estão carreados tanto os autos do processo administrativo da Câmara de Ecoporanga 7086/2010 quanto

estes, revelando, inclusive, a existência de dolo entre os envolvidos. Logo, conclui-se pela existência da irregularidade, cabendo, ainda, a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade das empresas G F Limpeza em Geral Ltda. e R V Vigilância Ltda., conforme sugerido pela Instrução Técnica Inicial ITI 1089/2011 e autorizado pelo inciso XXIV, do artigo 1º, da Lei Complementar Estadual 32/1993, vigente à época dos fatos.

No que diz respeito à aplicação das sanções aplicáveis aos particulares contratados com base na Lei 8.666/93, o art. 140 da LC 621/2012 estabelece apenas duas hipóteses em que particulares respondam perante esta Corte: no caso de dano ao erário e **no caso de fraude à licitação**.

Segundo esse dispositivo, independentemente da ocorrência de dano ao erário, o suposto licitante fraudador será parte nos processos do TCE-ES, podendo ser penalizado por isso.

Desta forma, considerando que no presente caso ficou demonstrada claramente a ocorrência de fraude à licitação, as penalidades a serem aplicadas aos licitantes fraudadores seriam a declaração de inidoneidade para participar de licitação ou contratar com a administração pública estadual e municipal, pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 140 da LC 621/2012 e art. 393 do RITCEES, bem como a manutenção da imputação de multa às empresas e ao senhor Elias Tavares, nos termos do art. 134, parágrafo único, da LC 621/2012.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO:

Pelo exposto, tendo em vista a competência a mim conferida pelo art. 29, V, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), **VOTO**, divergindo parcialmente da área técnica e do Órgão Ministerial, no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à sua consideração.

RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Relator

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos do Processo TC 7451/2018, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

III.1 CONHECER do Recurso de Reconsideração impetrado, conforme fundamentado no item II.1 do voto;

III.2 DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, com a manutenção do julgamento proferido pela regularidade com ressalva das contas, nos termos dispostos no Acórdão TC 798/2017 – Segunda Câmara, conforme fundamentado no item II.2 do voto:

III.2.1 ACOLHER as razões recursais, aplicando às empresas R V Vigilância Ltda e G F Limpeza em Geral Ltda as sanções de inidoneidade para participar de licitação ou contratar com a administração pública estadual e municipal, pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 140 da LC 621/2012 e art. 393 do RITCEES, mantendo, contudo, o acórdão recorrido quanto à imputação de multa a essas empresas e ao Sr. Elias Tavares, nos termos do art. 134, parágrafo único, e art. 135, da LC 621/2012, respectivamente, em razão do seguinte item de irregularidade:

II.2.4 Ausência de competição no certame licitatório (referente ao item 3.4 da Instrução Técnica de Recurso 233/2018 e 4.1.1.8 da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 553/2013).

III.2.2 NÃO ACOLHER as razões recursais, mantendo afastada a aplicação de multa aos senhores Denivaldo Alves Caldeira, Nestor Amorim Filho e pela senhora Sirlene Leita da Costa, em decorrência das contrarrazões por eles apresentadas, na forma fundamentada nos seguintes itens de irregularidades dispostos no voto:

II.2.1 Abertura e julgamento injustificado de convite com menos de três propostas válidas (referente ao item 3.1 da Instrução Técnica de Recurso 233/2018 e 4.1.1.1. b da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 553/2013);

II.2.2 Previsão editalícia restritiva da competitividade (referente ao item 3.2 da Instrução Técnica de Recurso 233/2018 e 4.1.1.3 da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 553/2013);

II.2.3 Ausência de representante da administração especialmente designado para acompanhar e fiscalizar a execução contratual (referente ao item 3.3 da Instrução Técnica de Recurso 233/2018 e 4.1.1.7 da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 553/2013);

II.2.4 Ausência de competição no certame licitatório (referente ao item 3.4 da Instrução Técnica de Recurso 233/2018 e 4.1.1.8 da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 553/2013).

III.3 DETERMINAR à atual gestão da Câmara de Ecoporanga, para que adote, na formalização dos contratos futuros, a inclusão de cláusula de designação de fiscal, em cumprimento ao art. 67, caput, da Lei de Licitações e Contratos;

III.4 REGISTRAR que o recorrido, senhor Denivaldo Alves Caldeira, solicitou sustentação oral.